

**LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN
LAS POLÍTICAS ESPAÑOLAS PARA
LA INFANCIA**

JULIA RAMIRO

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS DEPENDIENTE. II.1 De la igualdad formal a los derechos de provisión para la infancia. II.2 De la Igualdad material a los derechos de protección a la infancia. III. HACIA UN MODELO DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO INDEPENDIENTE. III.1 Los derechos de participación de los niños. III.2 Los derechos de participación para la infancia en riesgo, en dificultad social o desamparo. IV. EL NIÑO CIUDADANO. IV.1 Derechos legales y ciudadanía pasiva. IV.2 Derechos sustantivos y ciudadanía activa. V. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 11.02.2015
Fecha aceptación: 19.01.2016

LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN LAS POLÍTICAS ESPAÑOLAS PARA LA INFANCIA

JULIA RAMIRO*

Profesora Ayudante
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. INTRODUCCIÓN

Las distintas concepciones en torno a la ciudadanía de los niños y de los adolescentes contienen un marcado carácter cultural, incorporando diferentes percepciones sobre el niño como ciudadano del presente o del futuro¹. En la medida en que las articulaciones oficiales sobre los derechos y la ciudadanía de los niños se encuentran socialmente construidas en y desde contextos nacionales y locales², su posicionamiento institucional tiende a variar de acuerdo a los cambios socio-políticos acaecidos a lo largo del tiempo³. En este sentido, la ley y las

* Departamento de Servicios Sociales y Fundamentos Histórico-Jurídicos. Facultad de Derecho, UNED. C/Obispo Trejo, s/n. 28040 Madrid (Spain). Email: jramiro@der.uned.es

¹ Vid. James, A. (2011). «To be (come) or not to be (come). Understanding children's citizenship», *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 633, n.º 1, pág. 171.

² En este sentido, resulta especialmente interesante consultar el trabajo de la científica social Kjørholt, A. T. (2008). «Children as New Citizens: In the Best Interest of the Child?», en James A., y James A. L. (eds.), *European Childhood. Cultures, Politics and Childboods in the European Union*. Basingstoke, Palgrave Macmillan, pags.14-37.

³ Vid. LISTER, R. (2007). «Why citizenship: Where, when and how children?» *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, n.º 2, págs. 693-718 y SIIM, B. (2000). *Gender and Citizenship: politics and agency in France, Britain and Demark*, Cambridge, Cambridge University Press.

políticas se erigen como elementos centrales en este proceso y, en tanto que instituciones socio-legales, incorporan, por un lado, las interacciones que tienen lugar entre las estructuras políticas, económicas y sociales que delimitan la vida de los niños y, por otro, las representaciones y discursos sobre la infancia, en general, y el niño, en particular.

El presente artículo analiza las políticas españolas para la infancia⁴, a partir del proceso histórico, político y social por el que institucionalmente se ha ido otorgando un estatus legal y sustantivo particular a los niños, legitimado a través de los discursos sobre la infancia. Análisis en el que se presta especial atención al contenido asignado a la protección de la infancia y a la participación de los niños; en la medida en que, por un lado, la historia de los derechos de los niños se ha ido construyendo desde la protección y que, por otro, en su interacción, reelaboran la idea de ciudadanía de los niños dándole un contenido cultural y específico concreto⁵.

De hecho, este particular antagonismo reside en que, mientras la protección se fundamenta en una idea del niño como ciudadano del futuro, la participación apela a una ciudadanía en el presente mediato. Ambiguo equilibrio que caracteriza el texto legislativo y las políticas y estrategias nacionales y autonómicas para la infancia en España, así como en otros países occidentales suscritos a la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989 (CDN).

A modo de proceso histórico-político, se analizan los determinantes socio-económicos y culturales que constituyen la relación entre ciudadanía y protección de los niños; contextualizando socialmente los discursos que sostienen tales políticas y distinguiendo tres etapas discursivas en torno a la posición del niño como sujeto de derechos en España.

La primera se sitúa con la fundación del Estado Social y de Derechos; ya que con la Constitución Española (CE) de 1978 se inicia, «desde arriba», un proceso de extensión de los derechos (provisión y protección) a los niños, al abrigo de los principios democráticos de igualdad y universalidad. La segunda etapa discursi-

⁴ Siguiendo la tesis de Margaret Somers, dicho término designa el marco legal, institucional y normativo conformado por políticas públicas y sociales, estrategias, iniciativas y protocolos. Vid. Somers, M. (1994). «The narrative constitution of identity: a relational and network approach», *Theory and Society*, vol. 23, n.º 5, pág. 619.

⁵ La idea de la ciudadanía como un concepto contextual se analiza para el caso inglés en Cockburn, T. (1998). «Children and Citizenship in Britain: A Case for a Socially Interdependent Model of Citizenship», *Childhood*, vol. 5, n.º 1, págs. 99-117. También es sometida a discusión en FLEKKØY, M. G., y KAUFMAN, N. H. (1997). *The Participation Rights of the Child: Rights and Responsibilities in Family and Society*, London, Jessica Kingsley y PARTON, N. (1991). *Governing the family: child care, child protection and the state*, Basingstoke, Macmillan.

va comienza con la ratificación por parte de España de la CDN de 1989 en 1990, momento en que —a instancia internacional— se desarrollan una serie de cambios políticos y legislativos encaminados a la consideración de la infancia como fenómeno social y del niño como sujeto de derechos independiente. La tercera y última etapa apela a la ciudadanía y a la participación de los niños como base de las políticas dirigidas a la infancia y la adolescencia, proliferando, en consecuencia, las iniciativas autonómicas y locales de participación infantil y culminando con la aprobación de la reforma de actualización y modificación del sistema de protección a la infancia en 2015.

El artículo concluye con una reflexión crítica sobre el impacto generado por las políticas para la infancia en la inclusión y reconocimiento real de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. Poniendo de manifiesto que, sobre la base de unas políticas normativas inclusivas para la ciudadanía, se producen mecanismo de exclusión legitimados democrática y moralmente a través de la individualización de los derechos de los niños y del discurso normalizador (cultural) sobre la infancia.

II. EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS DEPENDIENTE

Tras la constitución de España como un Estado Social y de Derecho en 1978, el nuevo gobierno democrático hubo de hacer frente a dos cuestiones esenciales: la de legislar, regular y ordenar los asuntos sociales, económicos y políticos desde el prisma del derecho y la de gestionar los principios ideológicos y democráticos de igualdad y universalidad. En el contexto del bienestar democrático, la nueva ciudadanía se define a partir de la posesión de derechos políticos, civiles y sociales, articulados bajo los principios de igualdad y universalidad. Así, las funciones de orden y control social quedan insertadas en la condición inalienable de la persona como ciudadano y sujeto de derecho: «*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social*» (art. 19 de la CE 1978⁶).

En esta representación social demócrata del bienestar, como vehículo hacia un concepto progresivo e inclusivo de la ciudadanía, los niños/as y adolescentes fueron incorporados a través de una ciudadanía social y delegada —como hijos— a partir de las políticas de provisión y de protección, insertadas en el discurso del bienestar.

⁶ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

De este modo, los principios democráticos de igualdad y universalidad son extendidos a los niños a través de su nacionalidad, en tanto que hijos de ciudadanos españoles. Un modelo de ciudadanía eminentemente legal y delegado, que representa los derechos de los niños como los derechos de los hijos (por su pertenencia a una familia).

La función del Estado como garante y regulador del orden social se construye a partir del discurso del bienestar social produciéndose, en consecuencia, un giro discursivo en la construcción y gestión de la cuestión de la infancia. La cual sigue siendo una cuestión fundamental para el mantenimiento del orden social.

De esta manera, se pasa de un modelo paternalista en la consideración de la infancia —característico del periodo franquista— a otro proteccionista, donde la idea del niño como sujeto de derechos se construye a partir del discurso del bienestar social (derechos sociales⁷) en un sentido proyectivo (derechos de provisión) y en otro mediato (derechos de protección). Este modelo se haya codificado en el art. 39.4 de la CE, por el que se sanciona como norma todo instrumento internacional que vele por los derechos del niño. En ese momento, el principal referente era la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959, que estableció el énfasis en la protección especial de la infancia, recogiendo, a su vez, los derechos de seguridad social y a una vida saludable —anteriormente establecidos en la Convención de Ginebra 1924⁸—.

II.1 De la igualdad formal a los derechos de provisión para la infancia

Frente a la existencia de la desigualdad formal y material, el Estado estableció el conjunto de derechos sociales y las políticas de provisión y protección (especialmente para la infancia) a través de la asistencia y control social a las familias desde los servicios sociales. En el discurso del Bienestar, la desigualdad (formal y material) sufrida por los niños deviene de su pertenencia a la familia. En este escenario, la desigualdad social sufrida por los niños es resultado de su status de «privatización», o pertenencia a la familia y el Estado, aun con «carácter subsidiario», se encuentra legitimado para intervenir y controlarla.

El principio de igualdad, como derecho (art. 14 de la CE), establece que todo ciudadano español es igual ante la ley sin discriminación alguna por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia

⁷ Arts. 39 a 52 de la CE de 1978.

⁸ Como precedente relevante, cabe citar el art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, en el que se establece el derecho de la maternidad e infancia a la asistencia y cuidados especiales.

personal o social. Pese a que el citado artículo no precisa causa de discriminación por razón de edad, los niños/as y adolescentes no fueron incorporados directamente al cuerpo constitucional de derechos y libertades, si no en calidad de hijos, independientemente de su filiación y origen (art. 39.2). Esta fórmula de ciudadanía delegada, o los niños como sujetos de derechos en tanto que hijos, remite a una construcción social de las personas menores de edad⁹ como ciudadanos del futuro.

Así, la condición de igualdad formal se vincula a la necesidad del Estado de generar ciudadanos integrados socialmente que posibiliten la pervivencia del sistema social, cultural, económico y político ante un proceso de cambio social significativo. De ahí, la importancia de garantizar constitucionalmente un conjunto de derechos sociales de provisión como son la educación, con carácter obligatorio (art. 27.4), la seguridad social y prestaciones sociales (art. 41) y la salud (art. 43), entre otros. Para el Estado, este conjunto de derechos y prestaciones tienen un sentido proyectivo, en la medida en que son garantizados a los niños/as y adolescentes como ciudadanos del futuro.

A partir de la década de 1980, se desarrolla un proceso acelerado de cambio social en la forma y estructura del mercado de trabajo y de las familias¹⁰. Para abordar dichos cambios el gobierno democrático desarrolla una serie de reformas legales que buscan modificar la posición del niño en la sociedad en relación con las instituciones proveedoras de bienestar (familia y Estado)¹¹. Los cambios producidos en el mercado de trabajo durante esta década, fundamentalmente el incremento en la incorporación de la mujer en la esfera pública —empleo y

⁹ Según el art. 12 de la CE los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.

¹⁰ A partir de 1985 la economía española se expande debido a la bajada del precio del petróleo y el ajuste nacional precedente. Así mismo, en 1986 España se incorpora a la Comunidad Económica Europea, lo que supone la entrada de capital europeo y la consolidación del sector servicios.

¹¹ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia del tutela (*BOE* núm. 256, de 26 de octubre de 1983); Ley 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (*BOE* núm. 275, de 17 de noviembre de 1987); Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre exhibicionismo y provocación sexual en relación con los menores (*BOE* núm. 140, de 11 de junio de 1988); Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores (*BOE* núm. 140, de 11 de junio de 1992); y la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (*BOE* núm. 166, de 13 de julio de 1994).

administraciones—¹², incidieron significativamente en la estructura familiar tradicional y, por tanto, en el lugar que los hijos venían ocupando en ella. En este escenario de cambio, se concibe al niño como un valor emocional y sacralizado para las familias¹³ y social para el Estado¹⁴. Así, los sucesivos gobiernos democráticos han de regular su situación, en términos de derechos, ante las transformaciones familiares; legitimando un incremento de la intervención pública en la esfera privada de la familia y profesionalizando la atención a la infancia.

Un ejemplo de ello lo supuso la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico de matrimonio¹⁵. Dicha ley reformula el concepto de potestad, desplazando la idea del niño como propiedad de sus padres hacia la obligación de éstos de garantizar un conjunto de derechos de provisión y de protección (sustento y educación) desde y para el beneficio de los hijos; siendo este el beneficio del Estado. Así mismo, pese a que la ley refrenda la imagen del niño como una persona dependiente dentro de la familia, prevé que, en caso de conflicto y/o desacuerdo, el juez oír al hijo si tuviere suficiente juicio o fuere mayor de 12 años. Esta disposición supone tanto la antesala al derecho del niño a ser oído —tipificado posteriormente— como una progresiva intervención de los poderes públicos en el ámbito privado de la familia¹⁶.

Acorde a este proceso, la cuestión de la infancia es también regulada como una cuestión de «Seguridad Social», a partir de las prestaciones y paquetes de ayudas dirigidas a las familias: permisos por maternidad, subvenciones para guarderías infantiles, prestaciones a las familias numerosas, ayudas por hijo a cargo y pensiones de orfandad, entre otras.

¹² Vid. GARRIDO, L., y GONZÁLEZ, J. J. (2008). «Mercado de trabajo, ocupación y clases sociales», en González J. J., y Requena M. (eds.), *Tres décadas de cambio social en España*. Madrid, Alianza, págs. 89-134.

¹³ Vid. ZELIZER, V. (1985). *Pricing the Priceless Child*, New York: Basic Books.

¹⁴ WINTERSBERGER, H. (2006). «Childhood and Citizenship: The Generational Order of the Welfare State», *Política y Sociedad*, vol. 43, n.º 1, págs. 81-103.

¹⁵ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981).

¹⁶ Vid. GAITÁN, L. (2011). «Contexto y marco conceptual: El Estado de Bienestar, las políticas públicas y los derechos de los niños», en Gaitán, L., Cantó, O., y Leyra, B., *Las Políticas Públicas y la Infancia en España: evolución, impactos y percepciones. Propuestas para la reflexión*. España, UNICEF, pág. 9., y ALBERDI, I. (Dir.) (1995). Informe sobre la situación de la familia en España. Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales.

En relación a las nuevas demandas del mercado de trabajo y a las necesidades del nuevo Estado del Bienestar, el gobierno democrático inicia un proceso de universalización y consolidación de la educación obligatoria en 1982 que, finalmente, culmina en la promulgación de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación¹⁷. Tras la codificación constitucional del derecho a la educación (art. 27 de la CE), la citada ley estableció definitivamente las bases para una educación pública, básica y obligatoria que garantizara el «desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad» (art. 1), sin que ese derecho «esté sujeto a discriminaciones debidas a la capacidad económica, nivel social o lugar de residencia del alumno» (art. 2). Así como el periodo de escolarización, de enseñanza obligatoria y gratuita, se extiende dos años más. Es decir, los principios democráticos de igualdad y universalidad se establecieron como puente entre el derecho de provisión y la responsabilidad (obligatoriedad) ciudadana, entre el bienestar y la función de orden social, pues «todos los alumnos tienen el derecho y el deber de conocer la Constitución Española y el respectivo Estatuto de Autonomía, con el fin de formarse en los valores y principios reconocidos en ellos» (art. 6.2). Así mismo, la citada ley refleja en sus arts. 6.3 y 6.4, sobre los derechos y deberes de los alumnos, la creciente tendencia de separación entre el niño y la familia al otorgar al alumno un estatus individual como sujeto de derecho dentro del sistema educativo. A través de este proceso, el Estado va haciendo suya la cuestión y gestión de la infancia.

II.2 De la Igualdad material a los derechos de protección a la infancia

Los derechos sociales de protección y los servicios sociales universales (art. 39.1 y 39.3 de la CE) supusieron tanto la protección social de la familia y la infancia como formas reticulares de orden, regulación y control de la ciudadanía; insertas en el discurso del bienestar social y fundamentadas en la retórica de la normalización, al amparo del principio del interés superior del menor. Frente al modelo paternalista y de ausencia de derecho, basado en la institucionalización y judicialización de la protección a la infancia durante el régimen franquista¹⁸, el Estado Social y de Derechos instituye un modelo proteccionista de extensión y univer-

¹⁷ BOE núm. 159, de 04 de julio de 1985.

¹⁸ La protección pública de los niños, niñas y adolescentes se articulaba mediante la Ley de 2 de julio de 1948 de Protección de Menores y la ley de 11 de junio de 1948 de Tribunales Tutelares de Menores, en la figura de los Tribunales Tutelares o la Obra de Protección de Menores; realizaban conjuntamente las funciones reformadoras y protectoras, dependientes del Ministerio de Justicia.

salización de los derechos sociales¹⁹, a través de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción²⁰; que promueve la normalización versus institucionalización y la administrativización versus judicialización²¹. El punto de inflexión ideológico se sitúa en un cambio de paradigma que propone a los niños en problemas como sujetos con carencias sociales y afectivas en lugar de ofensores morales y delincuentes. Así, la preocupación por el bienestar de los niños se estableció sobre la base de la existencia de desigualdades estructurales, generadoras de la conducta antisocial de los niños que las sufren. La gran novedad de la reforma legal de 1987 es que logra instituir el discurso de la normalización, identificando el «interés superior del menor» con la familia (adaptada socialmente) como institución privilegiada para la integración y el desarrollo del niño o la preservación de los valores sociales²².

Sin embargo, diversos autores señalan que este proceso responde a la necesidad de los poderes públicos de controlar e intervenir con mayor agilidad sobre aquellos grupos que suponen un conflicto abierto con el orden social establecido²³. Cuestión que se extiende al renovado interés por la cuestión de la infancia, en la medida en que esta es percibida como un valor social para el futuro. Intervenir y controlar la infancia supone, ineludiblemente, iniciar un proceso de separación entre el niño y su familia, máxime cuando éste se encuentra en un entorno socialmente disfuncional. Dicho proceso supone la antesala de la consi-

¹⁹ Tendencia extensible al conjunto de la «asistencia social» a la infancia, descentralizada en las CCAA (art.148.1) y apoyada por Ley de 11/ 1984 de servicios sociales (BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984); que, a través de la cercanía entre instituciones y ciudadanos, remite al modelo de ciudadanía socialdemócrata (o de compromiso social) contenido en el discurso del bienestar social.

²⁰ BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987.

²¹ La «desjudicialización» de la protección de la infancia —cristalizada en la L. O. 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores (BOE núm. 140, de 11 de junio de 1992)— modificó los principios y procedimientos rectores de los tribunales tutelares de menores, en funcionamiento hasta ese momento, por cuanto dicho procedimiento resultaba inconstitucional e incompatible a la luz del nuevo modelo de Estado social, democrático y de derecho.

²² Según afirma F. Rivero, la aplicación de dicho principio no se realiza de forma aséptica y/o neutral, si no que más bien refleja los intereses de otros, o, en el mejor de los casos, supone decisiones que, aun en aras del bienestar del niño, se plantean desde las convicciones, prejuicios y valoraciones ideológicas del adulto que lo interpreta, generalmente, representantes legales y jueces. Vid. RIVERO, F. (2000). *El interés del menor*. Madrid, Ed. Dykinson.

²³ Vid. MARTÍN HERNÁNDEZ, J. (2009). *Protección de menores: una institución en crisis*, Madrid, Pirámide, y Picontó Novales, T. (1996). *La Protección de la infancia: aspectos sociales y jurídicos*, Zaragoza, Egido, D. L.

deración del niño como sujeto de derecho independiente. De hecho, la ley 21/1987, así como otros ordenamientos jurídico-administrativos de las CCAA, establece la necesidad de contar con el consentimiento del niño (cuando sea mayor de doce años) en los procesos de constitución de la adopción o el acogimiento²⁴:

«La primacía del interés del menor, a que antes se ha hecho referencia, tiene su reflejo, por ejemplo, en la necesidad de contar con su consentimiento, para la adopción o para el acogimiento, a partir de los doce años, lo que implicará también, indudablemente, la especial valoración de su negativa cuando, aun siendo menor de dicha edad, tenga suficiente juicio²⁵»

En el caso de niños menores de doce años, el juez les oírán cuando tengan suficiente juicio (art. 177.3 de la Ley 21/1987). El derecho del niño a ser oído, por sí mismo, supone, en este momento, una estrategia de individuación del niño respecto a su familia; lo que legitima el incremento del poder público para intervenir sobre el ámbito de lo privado. Ello no supone una consideración del niño como un sujeto social del presente, por cuanto junto al derecho a ser oído, no se prevén otros derechos de autodeterminación de los niños (información, participación en la toma de decisiones, etc.).

Al Estado le interesa hacer suya la cuestión de la infancia en general y, particularmente, la de la infancia en riesgo y desprotegida en la medida en que supone cierta peligrosidad en el futuro. Por tanto, los derechos sociales se extienden a los niños procedentes de contextos marginales para minimizar el impacto de los procesos de la exclusión social y ciudadana. Así, el paulatino surgimiento del discurso de los derechos de la infancia responde a la necesidad de legitimación de los poderes políticos, públicos y democráticos de intervenir/controlar lo privado en pos de la pervivencia del orden social. Una estrategia preventiva y de identificación del riesgo social como base para asistencia y protección a la infancia y a la adolescencia.

Por tanto, las políticas de protección dirigidas a paliar los efectos de la desigualdad material, aunque tienen un carácter mediato, también cumplen una función social de control y orden, en tanto que prevén la intervención y presencia de un cuerpo de profesionales dadores de ayudas sociales y asistencia. A partir de la reforma de 1987, si bien el niño deja de ser percibido desde un discurso culpabilizador y sancionador, la imagen de la infancia peligrosa se sos-

²⁴ Estos derechos se encuentran igualmente recogidos en los arts. 7.1, 13.1 y 17.2 del Decreto 121/1988, de 23 de noviembre, regulador del procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor.

²⁵ Preámbulo de la Ley 21/1987.

tiene veladamente tras el discurso de la normalización; que permite separar democráticamente la idea de dos infancias en función de su origen social: la «normal» y la «no normal». Dos caras de una misma moneda que reflejarán los dos sentidos de las políticas para la infancia a partir de la década de 1990: la participación y la protección.

III. HACIA UN MODELO DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO INDEPENDIENTE

La tendencia de cambio social, económico y político iniciada en la década de 1980 se acentúa y consolida en los años de 1990. Fundamentalmente, la segunda mitad de la década, se caracterizó por la expansión del mercado de trabajo, un mayor protagonismo del sector privado y una creciente internacionalización. Sin embargo, los cambios acaecidos en el modelo económico no fueron acompañados por políticas de apoyo a las familias que favorecieran la conciliación de la vida laboral y familiar²⁶. En consecuencia, se comienzan a registrar tasas de fecundidad muy bajas, el incremento de familias sin hijos²⁷ y las rupturas matrimoniales²⁸, generando profundos cambios en las estructuras familiares y sociales, y configurando, por tanto, un nuevo sistema de políticas sociales para la infancia de corte neoliberal que acelera el proceso de separación institucional entre el niño y la familia iniciado en la década anterior.

Como resultado de la ratificación de la CDN de 1989²⁹ y la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992³⁰, se inaugura una nueva etapa institucional que propone un mayor protagonismo del papel del niño en la sociedad y la infancia llega a ser concebida como un fenómeno social a gestionar administrativamente por el Estado. No obstante, la gran novedad de este periodo es, sin duda, la incorporación de los derechos de participación de los niños/as, establecidos por la CDN a modo universal (art. 12, 13, 15 y 17), al cuerpo legislativo e institucional nacional y local; donde venían primando los derechos de provisión

²⁶ Debido, en gran medida, a un modelo de Estado de Bienestar basado en políticas contributivas frente a otros universalistas más inclusivos y capaces de incorporar a otros sujetos sociales que no responden necesariamente al modelo ciudadano del varón adulto y trabajador.

²⁷ *Vid.*, REQUENA, M. (2008): «Religión y sociedad: la secularización de la sociedad española», en González J. J., y Requena M. (eds.), *Tres décadas de cambio social en España*. Madrid, Alianza, pág. 36

²⁸ *Vid.*, JURADO, T. (2008): «Las nuevas familias españolas», en González J. J., y Requena, M. (eds.), *Tres décadas de cambio social en España*. Madrid, Alianza, pág. 76

²⁹ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

³⁰ Aprobada en la Resolución A 3-0172/92.

y de protección debido a la representación cultural de la infancia basada en la naturaleza dependiente y en la incapacidad de los niños/as para ejercer sus derechos en el presente³¹. En consecuencia, se inicia, a nivel nacional, un proceso de reforma legislativa que culmina con la promulgación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil³² donde, por primera vez, los niños son declarados como sujetos legales independientes (de sus familias³³) y se inicia una nueva filosofía jurídica de la persona menor de edad que incrementa el reconocimiento del «*papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo*» (exposición de motivos de la LOPJM 1/1996).

La construcción de este nuevo marco político e institucional, a partir de los derechos humanos de la infancia³⁴, se sustenta en una concepción de los niños como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social y de participar en la búsqueda y la satisfacción de sus necesidades; estableciendo una relación ambigua entre las ideas de la protección y de la participación; por cuanto, al tiempo que plantea la no existencia de «*una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos*» (exposición de motivos de la LOPJM 1/1996), invoca las necesidades de éstos como eje de sus derechos y de su protección.

De esta manera, los derechos de participación quedan reelaborados por el sentido de la protección y practicados a partir del discurso de la normalización

³¹ En sus arts. 19, 20, 21 y 39, la CDN establece la obligatoriedad de los Estados parte de garantizar una protección pública a la infancia desde la idea de la participación de los niños como derecho en todos los procesos que afecten a sus vidas, inclusive, ante situaciones de riesgo y/o desamparo.

³² BOE núm. 15, de 17 de enero. Esta ley que ha sido ampliamente considerada como un intento de homogeneizar jurídica y administrativamente las medidas de protección a la infancia desarrolladas por las distintas Comunidades Autónomas al amparo del marco jurídico estatal, iniciado con la Constitución de 1978, y de las legislaciones internacionales. *Vid.* Palma del Teso, A. (2006). *Administraciones públicas y protección a la infancia: en especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, pág. 52. Así mismo, se expone que dicha ley avanza en las reformas introducidas por la Ley 21/1987, al tiempo que clarifica algunas cuestiones que quedaron sin resolver en la misma, teniendo en cuenta su «adscripción», sobre todo, a la Declaración de los Derechos de los Niños de 1989.

³³ En la medida en que también, desde su nacimiento, gozan de plena personalidad jurídica (art. 29 del Código Civil).

³⁴ Sobre los derechos humanos de los niños *Vid.*, HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L. (1999). «Los derechos humanos de los niños», en Marzal, A. (coord.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*, Barcelona, J. M. Bosch.

de la infancia. Lo que supone, por un lado, la naturalización de una representación cultural del niño «normal» como un sujeto en desarrollo evolutivo y madurativo —por razón de edad— y, por otro, la construcción psicosocial del niño «no normal» debido a su origen familiar y condiciones de existencia —económicas y educativas— deprivadas.

III.1 *Los derechos de participación de los niños*

Pese a que el nuevo ordenamiento jurídico introduce el conjunto de derechos de participación de los niños, establecidos por la CDN³⁵, el ejercicio directo de tales derechos por parte de ellos se ve condicionado por la interpretación adulta —formulada por jueces y/o profesionales— sobre sus capacidades de juicio y acción, a través del principio del «interés superior del menor» (art. 2 de la LOPJM 1/1996). En la práctica —y a pesar del reconocimiento formal del niño como sujeto independiente de derechos— se asumen ciertas diferencias entre la capacidad del niño para ser titular de derechos y su capacidad para ejercerlos³⁶. Es decir, ponen de manifiesto la brecha existente entre la ciudadanía legal/pasiva (titularidad de derechos) y la ciudadanía activa/sustantiva (presencia y participación social a través del ejercicio directo de los derechos de ciudadanía).

Dicha brecha se debe a la tensión existente entre el modelo liberal sobre los derechos del niño, con pretensión universal, y su aplicación a una infancia construida desde una perspectiva proteccionista. Así, mientras los derechos de par-

³⁵ Sobre las limitaciones y alcance de la CDN respecto a los derechos de los niños, *Vid.* HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L. (1991). «¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño», *Revista de Educación*, núm. 294, págs.221-233., y VILLAGRASA ALCAIDE, C., y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coords.) (2006). *Los derechos de la infancia y la adolescencia. Congresos Mundiales y temas de actualidad*, Barcelona, Ariel.

³⁶ Como señala I. Ravetllat, el principio del «interés superior del menor» ha sido invocado para justificar la limitación impuesta a los niños en el ejercicio pleno de sus derechos de participación, en base a su suficiente madurez y responsabilidad. *Vid.* RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012). «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, n.º 2, págs. 89- 108. En ese momento, el art. 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (*BOE* núm. 285, de 27 de noviembre de 1992), expone que los menores de edad tienen capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas para el ejercicio y defensa de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Aunque dicha ley queda actualizada en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 236, del 02 de octubre de 2015), se mantiene lo referido a la capacidad de obrar de los menores, añadiendo el caso de los niños con discapacidad (art. 3.b).

ticipación y libertades de los niños apelan a la noción de autonomía, los derechos de protección se aplican tomando en consideración el principio del «interés superior del menor». Por tanto, dicho concepto resulta ser también un espacio de luchas ideológicas (entre familias e instituciones³⁷) intrínsecas a la construcción social de la infancia, asociadas, por un lado, a la idea de ciudadanía y, por otro, a la posición que el niño «normal» ocupa, o no, respecto a esta.

De esta manera, los derechos de participación de los niños/as y adolescentes quedan matizados por la preeminencia del sentido (y los derechos) de la protección, a través del discurso de la normalización y de la articulación del «interés superior del menor», cuyo resultado deviene en la «*adquisición progresiva de la capacidad y juicio suficiente*» para ir ejerciendo sus derechos (de información, libertad ideológica, de participación, asociación y reunión y a ser oído; arts. 5, 6, 7 y 9 de la LOPJM, respectivamente), de acuerdo a su edad (mayor o menor de doce años), estadio evolutivo y desarrollo. Lo que legitima la necesidad de que el interés del niño «normal» sea representado por las personas adultas que lo cuidan y asisten; garantizando, así, sus derechos (arts. 154 y 162 del Código Civil).

En el texto legislativo, al tiempo que se limita la capacidad del niño para ejercer sus derechos, se invoca la necesidad de mantener el orden social. De hecho, sobre la libertad de expresión se establece que se constituye como derecho siempre que «*se garantice la protección de la seguridad, salud, moral u orden público*» (art. 8.3) y el derecho a la información de los niños será garantizado en la medida en que esta sea «*respetuosa con los principios constitucionales*» (art. 5.1.). Por tanto, la extensión de los derechos a los niños, fundamentalmente de participación, se relaciona con la necesidad del Estado de controlar y regular la cuestión de la infancia, en pos de formar ciudadanos para que en el futuro sostengan el orden social establecido. A modo de ejemplo, sobre los derechos de participación, asociación y reunión se establece que «*Los menores tienen derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa*» para ello «*los poderes públicos promoverán la constitución de órganos de participación de los menores y de las organizaciones*

³⁷ Pues son las familias y/o Estados los agentes que proporcionan tal protección, cuyo contenido (o medida de protección, en caso de que sea necesaria) se propone en función de lo que los adultos competentes entienden por dicho interés. El «interés superior del menor» es concepto jurídica y administrativamente indeterminado, incluso pese a la reforma en materia de protección a la infancia de 2015, tal y como se verá en el siguiente apartado. Por tanto, en muchas ocasiones, su contenido refleja los valores morales y culturales, así como los intereses, de los agentes-adultos que lo interpretan. *Vid.* MARRE, D., y SAN ROMÁN, B. (2011): «El interés superior de la niñez en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones», *Scripta Nova*, Vol. XVI, núm. 395 (9).

sociales de infancia» (art.7 de la LOPJM 1/1996); así como las administraciones públicas.

En consecuencia, se puede observar que la participación es permitida siempre que esté sujeta al control social y estandarizada por los adultos:

«Tendrán particularmente en cuenta la adecuada regulación y supervisión de aquellos espacios, centros y servicios, en los que permanecen habitualmente niños y niñas, en lo que se refiere a sus condiciones físico-ambientales, higiénico-sanitarias y de recursos humanos y a sus proyectos educativos, participación de los menores y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos»³⁸.»

De la misma manera, la consideración del niño como un sujeto de derechos independiente se fue ligando progresivamente a un modelo de ciudadanía (neo) liberal, que supuso, por un lado, la (re)individualización del sentido de los derechos y, por otro, un marcado énfasis en la idea de la responsabilidad (individual y social). Si desde la perspectiva de la nueva derecha «la gente responsable debe conocer sus propias necesidades de cuidado³⁹», apelar a la responsabilidad de los niños como ciudadanos supone que éstos conozcan sus derechos y sus responsabilidades. Numerosas son las iniciativas desarrolladas en esta línea a nivel internacional, nacional y local, a lo largo de la década de 1990.

III.2 Los derechos de participación para la infancia en riesgo, en dificultad social o desamparo

Pese al énfasis establecido sobre los derechos de participación de los niños en las nuevas políticas para la infancia, los derechos de protección siguieron prevaleciendo. En buena medida, además, porque en la década de 1990 aumentaron la desigualdad y la pobreza en España, peligrando el principio de igualdad material establecido por la CE (art. 14). De ahí que la nueva ley, exclusivamente dirigida a la infancia, se refiera eminentemente a la protección de los niños/as y adolescentes (LOPJM 1/1996), dedicando una parte considerable de su contenido a la cuestión del menor en riesgo o en dificultad social. Así, los derechos de los niños/as y adolescentes fueron reinterpretados, fundamentalmente como derechos de protección, en tanto que persiste una representación cultural de los niños que los identifica con su «natural» (in)capacidad e insuficiente juicio, susceptible, por tanto, de ser negativamente influenciados y continuamente

³⁸ Art. 11 de la LOPJM 1/1996.

³⁹ Vid., *White Paper on Social Services* 1997, citado en Harris, J. (2002). «Caring for Citizenship», *British Journal of Social Work*, vol. 32, n.º 3, pág. 271.

protegidos, sobre todo aquellos que proceden de un origen social y familiar negativo para su desarrollo.

A su vez, como resultado de la firma de CDN, en la Ley Orgánica de Protección se estableció el derecho del niño a ser oído también «*en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*» (art. 9 de la LOPJM 1/1996). No obstante, las referencias a la inconsistencia de las opiniones del niño, como parte de su proceso «normal» de desarrollo y por lo inadecuado de su origen familiar, son constantes en la legislación: «*Se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve*» (Preámbulo de la LOPJM 1/1996). Para salvaguardar la veracidad de las opiniones del niño frente a la influencia negativa que pudiera ejercer su familia y/o entorno social se establece la prevalencia del criterio profesional para determinar el «interés del menor», que corroborará el riesgo, la dificultad social o la desprotección, proponiendo y asumiendo las correspondientes medidas de guarda o tutela.

Por otra parte, pese al esfuerzo realizado por la LOPJM 1/1996 en separar la infancia desamparada o en riesgo (vulnerable) de la infancia en dificultad social (ofensora), el discurso de la normalización conserva la fusión entre ambas infancias, al situar como foco del problema a la familia y al entorno social del niño disfuncional e inadaptado socialmente (común en ambos casos). Dicho origen genera o desprotección o dificultad social.

Así, al igual que la dificultad social, la desprotección es vista como un desorden moral provocado por la falta de asistencia: «*Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*» (art. 172 del CC). En consecuencia, el niño «no normal», es por tanto, aquel que necesita ser protegido y reeducado (moral y cívicamente), identificando la desprotección del niño con las conductas antisociales. Al tiempo que se avanza en la protección del niño, se desarrollan políticas para su control y reeducación, tratando de soslayar el carácter abiertamente punitivo del periodo anterior.

En este sentido, se promulgó la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores⁴⁰. Así mismo, entre 1994 y 1997 se inició el proceso de reforma sobre la responsabilidad penal del niño y/o adolescente que culminó en la aprobación de la

⁴⁰ BOE núm. 140, de 11 de junio de 1992. Vigente hasta el 13 de enero de 2001.

Ley 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor⁴¹. Como resultado, se produce una fusión entre las conductas delictivas y las antisociales, estableciendo para la sanción de las mismas un procedimiento pseudojudicial, con carácter marcadamente administrativo. Modelo compartido con el sistema de protección, en cuanto que se establece una continuidad entre desprotección, conducta antisocial y delincuencia.

En consecuencia, la delgada línea existente entre la protección y el control se vino a establecer a través de la responsabilidad ciudadana —la otra cara de los derechos— de comunicar cualquier situación de riesgo o posible desamparo, señalando como cuestión particularmente preocupante el que un niño no estuviera escolarizado o no asistiera al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio (art. 13 de la LOPJM 1/1996). El énfasis en la responsabilidad como contraprestación a los derechos corresponde a un paradigma (neo)liberal de la ciudadanía y, acorde al mismo, se comenzaron a introducir políticas de privatización de los recursos para la protección a la infancia (promoción de la gestión mixta o delegada) fundamentalmente de acogimiento residencial⁴²; lo que generó ciertas tensiones en torno a la provisión de los derechos de los niños, en contraposición al anterior modelo de ciudadanía social-demócrata, que aun funcionaba para los adultos.

IV. EL NIÑO CIUDADANO

En contraste con la etapa anterior, la década del 2000 se caracteriza por la profusión y puesta en práctica de órganos, consejos y estructuras participativas diseñadas específicamente para los niños. Interés compartido por otros países que ha sido identificado como parte de un proceso de influencia global en la definición de una infancia y adolescencia «cuasi-universal», implicando efectos estandarizados sobre la vida de los niños/as y adolescentes en distintos contextos y realidades dispares⁴³.

En España, el reclamo del niño como sujeto de ciudadanía forma parte del creciente proceso de regulación pública de la cuestión de la infancia, iniciado con la reforma de 1987. Si bien, a partir de la constitución del Estado de Derecho y

⁴¹ BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000.

⁴² Diez años después, en 2009, se estimó que el 95% del acogimiento residencial (fundamentalmente para niños con «problemas de conducta») estaba a cargo de entidades privadas (*EL PAIS*, 09 de febrero de 2009).

⁴³ *Vid.*, BÜHLER-NIEDERBERGER, D., y VAN KRIEKEN, R. (2008). «Persisting Inequalities: Childhood between global influences and local traditions», *Childhood*, vol. 15, n.º 2, pág.151.

Social, los niños fueron reclamados por sus derechos sociales, ahora lo son apelando a una condición ciudadana establecida internacionalmente que, a su vez, descansa en las ideas de la participación infantil y del niño competente. En consecuencia, las distintas políticas y textos legales incorporan un creciente compromiso con la participación de los niños y niñas en las decisiones públicas y en aquellas que conciernen a sus propias vidas, como parte de una preocupación global por sus derechos y ciudadanía.

Sin embargo, el desarrollo e implementación de estas legalidades «universales» pronto quedan reelaboradas por los determinantes culturales que caracterizan los discursos en torno a la infancia y sus derechos desde la década de 1990. Tanto el concepto de participación de los niños como su definición ciudadana conviven con el discurso de la protección, generando formas particulares de inclusión y exclusión de éstos en los asuntos que les afectan. Por tanto, la práctica de los derechos de participación de los niños y el sentido social de su ciudadanía dependen de la relación entre el modelo de ciudadanía social, políticamente legitimado y promovido, y las representaciones culturales en torno a los niño/as y a la infancia.

IV.1 Derechos legales y ciudadanía pasiva de los niños

Las sucesivas recomendaciones del Comité sobre los Derechos del Niño⁴⁴, así como algunos Tratados⁴⁵, Convenios⁴⁶ y Planes de Acción⁴⁷ han establecido la necesidad de implementar una legalidad universal y una estrategia global sobre la infancia desde el discurso del niño ciudadano y competente. En consecuencia, se han incrementado —a nivel nacional, autonómico y local— el número de planes, programas y proyectos sobre ciudadanía y participación infantil, tratando de contar con los propios niños desde su diseño. En esta línea se enmarcan el *I y II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia* (PENIA 2006-2009 y 2013-2016, respectivamente) y la *Encuesta de Infancia en España* (2008).

⁴⁴ Entre las que destacan las recomendaciones realizadas por dicho Comité el 3 de noviembre de 2010.

⁴⁵ *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 2000 (art. 24), *Tercer Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño* (2012).

⁴⁶ Principalmente el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014.

⁴⁷ *Estrategia europea sobre derechos de la infancia* (2006), Programas anuales *Fundamental Rights and Daphne I, II y III, Estrategia sobre los Derechos del Niño del Consejo de Europa* (2012-2015), *Agenda de la Unión Europea en pro de los Derechos del Niño* (2011), *como la Estrategia sobre los Derechos del Niño del Consejo de Europa* (2012-2015). etc.

Así mismo, en España y desde el año 2011, se asiste a un proceso de reforma de actualización de la protección a la infancia (y los derechos de los niños) que culmina con la aprobación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴⁸ y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴⁹.

De acuerdo con las observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño⁵⁰ y los debates acaecidos en la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines⁵¹, se presenta la necesidad de explorar la adecuación del modelo de gestión de protección a la infancia en España, recomendando la aplicación efectiva del art. 12 de CDN respecto a la promoción del ejercicio efectivo del derecho de participación del niño en todos los ámbitos de su vida (familiar, escolar, comunitaria), así como en la formulación de políticas nacionales, planes y programas.

Sin embargo, en España se genera una relación paralela entre la participación de los niños y la garantía de su protección, pues se desarrollan al mismo tiempo aunque no suelen confluir. En este sentido, es especialmente significativo el siguiente párrafo procedente del *I Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia* (PENIA 2006-2009), prorrogado hasta 2010 y elaborado a partir de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño al *II Informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (2002) y de la Declaración y el Plan de Acción contenida en el documento *Un mundo apropiado para los Niños y Niñas* (2002):

«La representación de los niños, niñas y adolescentes se ha ido adecuando a ese nuevo papel de ciudadanos y sujetos sociales y de derechos, asumiendo un papel más activo en la sociedad. Al mismo tiempo, ha ido emergiendo una conciencia creciente en los adultos acerca de la identidad, capacidad, riesgos y necesidades de la infancia»⁵².

La tensión manifiesta en esta última frase del párrafo «identidad-capacidad y riesgos-necesidades» es la misma que caracteriza la implementación del discurso «universal» sobre el niño ciudadano, a través del diseño y desarrollo de las políticas nacionales (culturales) de la infancia. De hecho, los legisladores han señalado que el avance en el marco legislativo regulador de las políticas de infancia y adolescencia en España se refiere, fundamentalmente, a la promulgación de

⁴⁸ BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

⁴⁹ BOE núm. 180 del 29 de julio de 2015.

⁵⁰ En especial la Observación n.º 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/CG/12).

⁵¹ Informe publicado en el *BOCG*. Senado, serie I, núm. 545, de 17 de noviembre de 2010.

⁵² I. PENIA ..., *op. cit.*, p.7.

leyes tales como la ley de igualdad de oportunidades para personas con discapacidad, la ley contra la violencia de género, la ley de educación y la de la promoción de la autonomía y atención a la dependencia⁵³. A través de estas disposiciones, la cuestión de la infancia y la adolescencia se representa a partir de la dependencia, la discapacidad, la violencia de género y la educación. Esto remite a una imagen del niño dependiente, incapaz, vulnerable y en desarrollo, entrando en contradicción con el discurso del niño ciudadano y competente. Por ello, durante esta década se acontece a una elevada profusión de planes y programas en materia de abuso sexual, protección y riesgo como el *II y III Plan de Acción contra la explotación infantil* (2006 y 2010), de maltrato infantil con el *Protocolo básico de intervención contra e maltrato infantil en el ámbito familiar*, y sobre los riesgos que supone internet y los videojuegos para los niños etc.⁵⁴, frente a otras iniciativas que consideran la participación de los niños como el elemento central.

Respecto a la reforma jurídica en materia de protección a la infancia, cabe destacar la modificación introducida al art. 9 de la LOPJM 1/1996. Las nuevas LO 8/2015 y Ley 26/2015 tratan de detallar el derecho fundamental del niño a ser oído y escuchado⁵⁵, estableciendo la no discriminación en el ejercicio del mismo por razón de edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o

⁵³ La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE núm. 289, de 03 de diciembre de 2003); Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004); Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina (BOE núm. 163, de 09 de julio de 2005); Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE núm. 106, de 04 de mayo de 2006); la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006), respectivamente. Cabe mencionar que la Ley de la Autonomía del Paciente ha sido reformada por la Ley 26/2015 (incorporando los criterios recogidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado) incluyendo la necesaria introducción del criterio subjetivo de madurez del menor junto al objetivo, basado en la edad. En el nuevo apartado 4 del art. 9 se hace referencia a los menores emancipados o mayores de 16 años en relación a los cuales no cabe otorgar el consentimiento por representación, salvo cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud.

⁵⁴ Las políticas nacionales más relevantes en materia de infancia pueden ser consultadas en el Observatorio para la Infancia <http://www.observatoriodelainfancia.msps.es/productos/home.htm>. Así mismo, Vid. ALEMÁN BRACHO, C. (2014). «Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España», *Revista de Derecho Político*, núm. 90, págs. 97- 134.

⁵⁵ De acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España en 2009 (BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010); y con los criterios recogidos en la Observación n.º 12... *op. cit.*

de mediación en que esté directamente implicado (modificación del art. 9 en la LO 8/2015 y art. 9. bis de la Ley 26/2015)⁵⁶; así como se sustituye el término «juicio» por el de «madurez»⁵⁷. Pese a ello, las restricciones normativas continúan siendo amplias pues, según se establece en el nuevo ordenamiento jurídico, las opiniones del niño serán tenidas en cuenta en función de su edad y madurez (arts.9.1 y 9.2 en la LO 8/2015). Condiciones *ad hoc* que limitan la aplicación efectiva del derecho del niño a ser oído y escuchado.

Siguiendo con el ejemplo, otra de las cuestiones relevantes tratada en la reforma es la delimitación del principio del «interés superior del menor»⁵⁸ en el Capítulo I de la LO 8/2015. Como resultado, dicho principio se propone como derecho sustantivo, principio general y norma de procedimiento, incorporando fundamentalmente «*los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente*» (art. 2.5 a). Sin embargo, lejos de superar la interminación jurídica intrínseca al concepto y basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos, como propone el legislador, se vuelve a recaer en cierta ambigüedad al introducir el criterio de participación del niño como una premisa opcional en función de su «edad y madurez» (art. 2.3 a) y de su «especial vulnerabilidad» (art. 2.3 b).

Por otro lado, esta nueva concepción del «interés superior» incorpora de forma velada la idea de riesgo, pues pone el énfasis en la necesidad de «*promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro*» (art.2.3 d) a través de la «*conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado*» (art.2.2 c). Por tanto, el

⁵⁶ En consonancia con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008). Para esta regulación, se toma en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos SN contra Suecia de 2 de julio de 2002, Magnusson contra Suecia de 16 de diciembre de 2003 y Bellerín contra España de 4 de noviembre de 2003) y del Tribunal Supremo (sentencia núm. 96/2009, de 10 de marzo), según establece el preámbulo de la Ley 26/2015.

⁵⁷ Término previamente incorporado en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015) y utilizado en el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, o el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011, entre otros.

⁵⁸ Incorporando la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial y las Observaciones finales a España de 3 de noviembre de 2010 del Comité de los Derechos del Niño.

«interés superior» del niño se identifica más con el desarrollo de la vida de éste en un entorno familiar adecuado que con su participación directa en la definición de su interés.

En consecuencia, el nexo entre ciudadanía y protección continúa siendo el principio de normalización, cuyo contenido hace referencia a que el niño crezca y desarrolle su vida en un entorno familiar adecuado. Este último es el escenario, además de la escuela, donde el niño podrá ejercitar su participación y adquirir progresivamente los valores cívicos constitutivos de su ciudadanía.

Aunque se propone «*un enfoque de derechos que va más allá de la protección a la infancia incluyendo, tanto a los menores de edad en situación de riesgo y desamparo, como a la 'infancia normalizada', ya que se dirige a todos los niños*⁵⁹», la categorización de la infancia como «normal» y «no normal», prioriza los procesos de normalización en la construcción de la ciudadanía de los niños/as frente a otros de carácter más inclusivos. La normalización supone conseguir que la vida infantil se desarrolle en determinados tipos de familias para la adecuada adquisición de los valores cívicos o en su defecto, a partir del principio de igualdad de oportunidades, se trata de garantizar la inclusión social los niños «no normales» a través de las medidas de protección oportunas.

IV.2 Derechos sustantivos y ciudadanía activa

La promoción de las ideas de participación y de «*la incorporación progresiva a la ciudadanía activa*» (art. 7.1 de la Ley 26/2015) hacen referencia a procesos de aprendizaje y ensayo democrático, con el objetivo maximizar la integración cívica, social y (en un futuro) política de los niños/as y adolescentes, minimizando los conflictos sociales. A nivel nacional, se trata de la difusión y promoción de un modelo de ciudadanía definido «desde arriba» acorde con los valores culturales y morales propios de las sociedades liberales democráticas occidentales. En este sentido, si la participación infantil es un proceso, la ciudadanía es un estado que requiere de la autonomía y conlleva responsabilidades (cívicas).

Así es como la promoción de la participación infantil, se plantea como la estrategia pública para dar solución a la crisis del orden social. Frente a la autoridad tradicional establecida para ello (la familia), se propone otra, de corte democrático y educativo que hace suyo el discurso de los derechos de la infancia a través de la vinculación de la participación infantil a la responsabilidad (social y colectiva) cuyo resultado es la ciudadanía. Así, la extensión del derecho a participar en la niñez es vista como una herramienta útil para el mantenimiento del

⁵⁹ II PENIA ..., *op. cit.*, p. 9.

sistema democrático liberal y el orden social. Se trata del fomento de la cultura cívica liberal desde la infancia, por lo que la participación de los niños es concebida como una tarea social y educativa.

«[...] Se trata de asumir la necesidad y el derecho de la infancia a tener un papel activo en los distintos entornos en los que se desarrolla. Si bien la participación de los niños en los asuntos formales, como los procesos judiciales, está necesariamente vinculada a su nivel de desarrollo cognitivo, a su capacidad para formarse un juicio propio y, obviamente [...] la participación se produce de forma más temprana en los contextos habituales en los que transcurre su vida [...] familia y en la escuela infantil [...] en el contexto escolar o asociativo y en el municipal»⁶⁰.

La idea de ciudadanía (activa) de los niños remite a la necesidad de crear sujetos con «una actitud responsable y constructiva» para con la sociedad (art.9 quinquies. 2.b de la Ley 26/2015). De ahí que se establezca que crear una sociedad que considere a los niños como ciudadanos es tan importante como adoptar medidas preventivas que eviten que los niños y adolescentes se encuentren en situaciones de riesgo:

«Todos los niños especialmente los que por encontrarse en un ambiente familiar conflictivo, por su discapacidad, o por su origen social o nacional se encuentren en una situación de riesgo de exclusión educativa-, se formen de manera integral con el objetivo de poder construir su autonomía y participar de forma satisfactoria en la sociedad [...] Hay que tener en cuenta, además, que el derecho a la educación implica también educación en derechos, en deberes y en responsabilidades»⁶¹.

En consecuencia, los discursos en torno a la ciudadanía y participación infantil incorporan la dicotomía entre la infancia «normalizada» y la que no lo está (niño desprotegido y/u ofensor) ubicando en su centro la idea de los deberes (asociados a los derechos de participación y de ciudadanía activa). Por ello, el nuevo texto legislativo de la Ley 26/2015 introduce un nuevo capítulo III en el Título I «Deberes del menor», en el que se señala que, debido a que los «menores» son concebidos como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no solo se les asignan la titularidad de derechos sino también de deberes (Preámbulo de la Ley 26/2015). Controlar los efectos derivados del cambio social requiere regular pública y administrativamente la cuestión de la infancia. Así, en el conjunto de deberes establecidos para los niños se especifican los relativos al ámbito familiar (sobre la igualdad en la participación de las tareas domésticas, art. 9 ter 2) y educativo (especificando el uso de

⁶⁰ II PENIA ..., *op. cit.*, p.7-8.

⁶¹ II PENIA ..., *op. cit.*, p.7.

las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, art.9 quáter.3) y social (de corresponsabilización cívica, art. 9.quinquies).

El análisis de los deberes tipificados para los niños en la nueva Ley 26/2015, permite identificar la relación existente entre éstos y la representación del niño como un ser potencialmente transgresor con el orden social. Así, se establecen un conjunto de deberes que parten de la consideración de que el niño no respeta las normas y leyes, no asume una actitud constructiva con el medio social (art. 9 quinquies. 2 b) o que no respeta a los adultos, familiares y/o grupo de iguales (arts. 9 ter y quáter) en sus relaciones sociales.

Así, en el marco jurídico y político, la redefinición de los derechos de participación de los niños desde la perspectiva de la ciudadanía activa (sustantiva), se realiza desde la representación del niño y/o adolescente como un ser potencialmente irresponsable, ofensor y/o peligroso. De ahí la importancia de incluir los deberes de los niños para la regulación de las relaciones sociales.

V. CONCLUSIONES

Desde 1978 hasta el presente, la extensión gradual de los derechos del niño no se ha aplicado de forma homogénea para todos los niños independientemente de su origen social y condiciones de vida, pese a que el paradigma de los derechos, también para la infancia, descansa sobre los principios de universalidad e igualdad. Como se ha mostrado a lo largo del presente artículo, se pueden diferenciar tres etapas discursivas en función de la posición que ocupa el niño respecto a sus derechos.

La primera, desde la constitución del Estado de bienestar hasta la ratificación de la CDN de 1989, se caracteriza por la idea del bienestar social de la infancia, discurso en el que los derechos de protección y provisión dominaban la preocupación social por los niños, caracterizada —debido a la cuestión social— por una creciente intervención pública en ámbitos anteriormente dominados por lo privado (familias).

En este periodo, las nuevas políticas de provisión y protección de la infancia no pueden ser entendidas sin añadir su función de control y orden social, legitimada a partir del principio del «interés superior del menor» y apoyada por la reforma de 1987; la cual otorga al niño un estatus de derecho que, si bien antes dependía de los padres o tutores, es garantizado por el Estado a través de procesos de intervención sobre la infancia eminentemente administrativos y desjudicializados. No obstante, pese a que las políticas del bienestar de la infancia y sus derechos sociales (provisión y protección) se propusieron para reemplazar al

anterior modelo paternalista y sancionador, característico del régimen franquista, la introducción del discurso de la normalización acabó por perpetuar la idea de infancias distintas «normales» y «no normales» sobre las que garantizar de manera diferenciada sus derechos y generando fuertes tensiones entre la idea de participación y protección.

En este contexto, y correspondiente a la segunda etapa discursiva, el gobierno firma la CDN en 1990, inaugurando un nuevo periodo legislativo y político que hubo de incorporar la idea del niño como sujeto de derechos independiente y, sobre todo, sus derechos de participación.

Los derechos de los niños y, particularmente, los de participación fueron reelaborados por el sentido y la preeminencia de la protección y justificados por el discurso de la normalización. De tal manera que en las narrativas políticas se puede apreciar como el niño llega a ser considerado un sujeto activo y participativo socialmente, aunque altamente vulnerable. De esta manera, lo «normal» es proteger al niño para que, progresivamente vaya adquiriendo las capacidades que le permitan participar plenamente de la vida social en un futuro (o guiado por un adulto en el presente). Como consecuencia, los ordenamientos jurídicos que, crecientemente, fueron recogiendo los derechos de participación de los niños, al mismo tiempo los fueron limitando; a través del establecimiento de una edad para ejercerlos (doce años) y/o de la interpretación adulta sobre su *suficiente juicio* (en adelante madurez), en aras de que aquellos derechos no los desprotegieran y su ejercicio (indirecto), en caso de que fuera estimado adecuado, se dirigiera hacia el «interés superior del menor».

Sin embargo, el «interés superior del menor» vela, en muchas ocasiones, otros intereses. De esta manera, cuando las políticas para la infancia han venido matizando y limitando los derechos y libertades de los niños, se ha apelado a un conjunto de motivos que más que relacionarse con la protección del niño, lo hacen con la protección de la sociedad. En este sentido, la estrategia de individualización de los derechos del niño ha establecido el énfasis en la idea de su responsabilidad para con la sociedad y es, en ese momento —coadyuvado por cierta presión internacional—, que se comienza a promocionar la idea del niño ciudadano, inaugurando la década del 2000 como un periodo extensivo para las políticas, estrategias y prácticas de participación infantil; ligadas a la construcción «desde arriba» de la ciudadanía del niño.

La idea del niño ciudadano en proceso se construye a partir de la definición liberal de la participación que, por un lado, históricamente ha discriminado a las personas menores de edad y por otro, obvia la existencia de las diversas formas de participar en la sociedad.

Así mismo, se hace necesario remarcar que el discurso de los derechos y ciudadanía de los niños presentado como una estrategia universal en torno a la participación infantil, no tiene en cuenta las desigualdades estructurales y sociales sufridas por los niños, ni los «lugares» desde los cuales desarrollan y experimentan su vida; legitimando determinados procesos que excluyen a los niños «no normales» de dicha participación y consideración social. Como consecuencia, se producen mecanismo de exclusión legitimados democrática y moralmente a través de la individualización de los derechos y del discurso de la normalización.

Title:

children's rights in the Spanish policies of childhood

Summary

I. INTRODUCTION. II. THE CHILD AS DEPENDENT SUBJECT OF RIGHTS. II.1 From formal equality to children's rights of provision. II.2 From material equality to children's rights of protection. III. TOWARDS A MODEL OF THE CHILD AS INDEPENDENT SUBJECT OF RIGHTS. III.1 Children's rights of participation. III.2 Children's rights of participation to children at social risk, social difficulty or looked after children. IV. THE CITIZEN CHILD. IV.1 Legal rights and passive citizenship. IV.2 Substantive rights and active citizenship. V. CONCLUSIONS

Resumen

Desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, los derechos de los niños/as, fundamentalmente de participación, y la idea de su ciudadanía han sido utilizados como marco de referencia para las políticas gubernamentales sobre la infancia en aquellos países que signaron la Convención. Sin embargo, dichas ideas han de ser interpretadas desde los contextos nacionales, históricos y sociales donde se inscriben, pues tanto la ciudadanía como la formulación sustantiva de los derechos son procesos culturales. El presente artículo analiza las políticas españolas para la infancia teniendo en cuenta el proceso histórico, político y social a través del que se ha ido otorgando un estatus legal y sustantivo de ciudadanía a los niños. Se distinguen tres etapas discursivas en torno a la posición

del niño como sujeto de derechos en España. La primera se sitúa con la fundación del Estado Social y de Derechos en 1978, momento en el que se asiste a una apertura política ante las proposiciones internacionales en torno a los derechos de los niños, produciéndose la creciente extensión de los derechos de la infancia, en base a los principios democráticos de universalidad e igualdad. Esta etapa se caracteriza por la centralidad de la idea del bienestar social de la infancia, donde los derechos de protección y de provisión se enfatizaron frente a la cuestión social de los niños como sujetos de derechos independientes, desarrollándose un mayor intervencionismo público sobre los espacios tradicionalmente atribuidos a los niños. La segunda etapa discursiva comienza con la ratificación por parte de España de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989 en 1990, momento en el que-a instancia internacional- se desarrollan una serie de cambios políticos y legislativos encaminados a la consideración de la infancia como fenómeno social y del niño como sujeto de derechos independiente. En la tercera y última etapa, las políticas españolas para la infancia fueron incorporando la idea del niño competente y ciudadano, fruto de la creciente regulación pública de la cuestión de la infancia y de las consideraciones internacionales al respecto. Sin embargo, la implementación de estas legalidades universales pronto quedaron reelaboradas por los propios determinantes culturales, a saber: una visión paternalista de la infancia y de la ciudadanía y el énfasis en la autoridad y la familia como espacio de socialización cívica. El artículo concluye con unas reflexiones críticas sobre el impacto generado por las políticas para la infancia en la inclusión y reconocimiento de los niños como sujetos sustantivos de derecho. Se muestra cómo la extensión gradual de los derechos a la infancia no se ha aplicado de forma homogénea para todos los niños, independientemente de su origen social y que, pese a los preceptos constitucionales de igualdad y universalidad, se producen mecanismo de exclusión legitimados democrática y moralmente, en base a las distintas concepciones, instituidas socialmente, sobre la infancia y los niños. Pese a la Reforma de actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia, aprobada en 2015.

Abstract

From the United Nations Convention of the Rights of the Child in 1989, children's rights, mainly participation rights, and citizenship have been used as a frame of reference for policy makers at national level. However, citizenship and rights, from a substantive perspective, might be considered in national, historical and social

contexts. Due to both are cultural processes. This article analyzes the Spanish policies of childhood, taking into account the historical, political and social process through which they have been providing a legal and substantive status of citizenship for children. It is distinguished three discursive stages about the child position as subject of rights in Spain. The first stage begins with the constitution of democratic and welfare state in 1978. The Spanish government opened-up to international assumptions of children's rights, under democratic principles of universality and equality. This period was characterized by the centrality of welfare for children, where rights of provision and protection were emphasized over the idea of the children as social and participatory right-holders. The second discursive stage begins with the Spanish ratification of the 1989 United Nations Convention of the Rights of the Child in 1990, when the Spanish government develops a set of political and legislative changes towards the consideration of childhood as a social phenomenon and children as independent subject of rights. In the third and final stage, Spanish politics of childhood started to involve the idea of the competent child and citizen, according to the increased government regulation and international assumptions (Legal reform 2011). Nevertheless, these universal legalities were (re)elaborated by Spanish cultural determinants such a paternalistic perspective on family and citizenship and the emphasis on the authority and family to socialize and integrate children in society. The article concludes with some critical reflections about the impact of those policies for children regard their inclusion and real recognition as legal subjects of rights. It is suggested that extension of rights for children in Spain has not been applied evenly for all them, regardless their social background. Moreover, despite the constitutional principles of equality and universality, mechanisms of exclusion democratic and morally legitimated were generated on the based on different conceptions of childhood. Despite the protection legal reform sanctioned in 2015.

Palabras Clave:

Ciudadanía, derechos, políticas de infancia, participación, protección.

Keywords:

Citizenship, rights, policies of childhood, participation, protection.

